

# 経済的自由権と公共の福祉

## 憲法研究部会

主任研究員 白 井 則 邦

研究員 中 林 和 典

研究員 布 目 貴 大

研究員 三 浦 直 美



## 司法書士が考える憲法的視点とは

研究員 三浦直美（東京会）

### 1 はじめに

司法書士試験に憲法が追加されたのは平成 15 年であったと思う。平成 20 年に合格した小職は、憲法も試験科目となっていたため、多少の勉強をした記憶はあるが、出題数は 3 問であり、基本的には判例の知識を問う問題が出題されるため、法学部出身でもない自身には、実は憲法というのはあまり身近にあるものではなかった。司法書士試験に合格後、ちょうど民法改正の機運が高まっていたため、民法改正議論を見守りつつ、意見書などを提出したことはあったが、憲法という国の基本法など、普段意識することもなく生活していた。そんな小職が司法書士総合研究所憲法研究部会への参加というのは大変に荷が重い…というのは参加から 1 年以上経過した今も同じ心持ちである。そもそも、憲法的な視点とは、また、司法書士に必要な観点とは何か。本年のテーマは「財産権」である、とのことで、財産権を中心に研究活動を行ったものの、今もその答えは出ないわけであるが、この 1 年間、何をとらえ、何を模索してきたのかをご紹介できればと思う。

### 2 判例

国の基本法である憲法の条文は、誰もが知るとおり、それほど多いものではない。とくに「財産権」と称される条文といえば、第 29 条を中心に、広くとらえれば第 22 条に定められる自由権をも含んだ概念であろうか。すると、よりどころとすればやはり判例を読み解くことになるかと考え、いくつか判例をあたることにした。

#### (1) 森林法判決（最判昭和 62. 4. 22 民集 41. 3. 408）

本判決は、憲法第 29 条を考えるうえで最も重要な判決だと思われる。当然判例評釈なども多数出されているから、少しでも憲法について興味を持った方であれば当然にご存知であると思われる。

ざっと事例を紹介すると、父から、数度にわたって森林である土地を持分 2 分の 1 ずつで贈与を受けた兄弟が、その管理方法などの方針の違いから仲違いし、当該土地の共有状態を解消すべく争った事例である。

当時、森林法旧 186 条は持分価格が 2 分の 1 以下の共有者からは共有物分割請求を禁じていたのだが、この規制の合憲性が争われた。また、共有物分割の方法について、それまでの判例を変更した大変重要な判決である。

森林法旧 186 条は、共有物分割請求の制限をかけることで森林の安定的な保全、運用を目的としていたが、本判決では「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものである（略）したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によつて制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものである（略）立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合

致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができるものと解するのが相当である」とし、結局のところ制限目的は公共の福祉に合致するものであるが、その手段として持分価格において2分の1以下の共有者から共有物分割請求を禁じることは、目的を達成するための手段として必要性もしくは合理性に欠け、憲法第29条第2項に違反すると判示した。

憲法を考えるうえで、財産権保障と公共の福祉との整合性を考えるということが非常に重要な論点であると思える判決だと考える。

## (2) 農地改革事件（最判昭和28.12.23民集7.13.1523）

こちらも前出の森林法判決と並び、非常に重要な判例であるが、一般的にこの判例の注目点は憲法第29条第3項に定める「正当な補償」にあるようである。

簡単に事例を紹介すると、戦前までの大地主制度を改め、自作農を中心とする民主的な農村社会の形成を促進するため、昭和21年に施行された自作農創設特別措置法により、自己の農地を買収された者が、その補償が低額すぎるとして当時の自作農創設特別措置法第6条第3項に定められた農地買収計画による対価は、田についてはその賃貸価格の40倍、畑についてはその賃貸価格の48倍を超えてはならないという趣旨が正当かどうかを争った事例である。

結論として最高裁は「憲法二九条三項にいうところの財産権を公共の用に供する場合の正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額をいうのであつて、必しも常にかかる価格と完全に一致することを要するものでない」とし、本事案においては自作農創設特別措置法に定められた対価（及びその算定方法）は相当な補償であり、完全な補償とは言えないが、公共の福祉に適するように買収された土地である本件土地の対価としては相当である、と判示した。

森林法判決と比べてみると、論点は違うものの、財産権というのは、自由が保障されている反面、公共の福祉に従いある程度の制限が設けられていることがわかる。特に、本判決において「農地所有権」というワードが使われ、どうも他の物に対する所有権とは別な概念を用いているように思われる。

## (3) 最判昭和46.4.21民集25.3.321

本案件は登記に関するものということで、興味があり検討をしてみた。

簡単に事例を紹介する。本件は所有者から所有権移転請求権仮登記を受けた原告が、当該仮登記の本登記の申請をした際、後順位で登記されていた抵当権及びこれに基づく仮差押えの登記の権利者の承諾書もしくはこれに対抗できる判決等を添付しなかったため、法務局から指摘を受け、本申請を取り下げた。その後まもなく、原告の所有権移転請求権仮登記に優先する抵当権の実行により、競売されてしまったという。

以下、判例によれば「仮登記は、実体上ないし手続上の理由から終局登記である本登記が得られない場合において、不動産登記法二条所定の要件を具備したときに、登記簿上記

入を許容される予備登記であるところ、仮登記に基づく本登記がされた場合には、同法七条二項によつて、その本登記の順位は仮登記の順位によるものとされている結果、仮登記後本登記がされるまでの中間に本登記義務者の処分行為によつて第三者が権利を取得しても、その権利は、本登記内容の実現と抵触する範囲でその効力を失うことになるわけである。ところで、昭和三五年法律第一四号不動産登記法の一部を改正する等の法律（以下改正法という。）によつて不動産登記法一〇五条の規定が新設されるまでは、仮登記に基づく本登記が申請され、これが記入される際、右のような中間処分によつて取得された権利に基づく登記が存在する場合、この登記をどのように整理するかについての具体的な手続規定を欠いていたものであるところ、登記実務の取扱いとしては、仮登記名義人と本登記義務者の双方から仮登記に基づく本登記の申請があつた場合には、その本登記の申請を受理してさしつかえなく、右のような中間処分によつて取得された権利に基づく登記があつても、本登記申請自体には影響がないものとされていた。しかし、かかる登記実務のもとでは、同一不動産につき登記簿上所有名義が二重に併存する等の混乱が生じ、公示制度として好ましくない結果を招来したので、かかる公示の混乱を避けて不動産取引の安全を保護するため、改正法によつて新設された不動産登記法一〇五条は、同条一項で同法一四六条一項の規定を準用することにより、所有権に関し仮登記に基づく本登記を申請する場合には、その申請書に登記上利害の関係を有する第三者の「承諾書」または第三者に「対抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本」を添付することを要する旨を定め、同法一〇五条二項により、登記官は、本登記を登記簿に記入するにあたり第三者の登記を職権をもつて抹消することを要する旨を定めたのである。すなわち、右規定の新設により、本登記が記入される際に、同時に第三者の登記が抹消されることになつた反面、形式的審査権を有するにとどまる登記官にその登記が抹消されるべきものであるか否かの実質的判断をさせることなく、第三者の「承諾書」または第三者に「対抗スルコトヲ得ヘキ裁判ノ謄本」を添付させることにしたのである。そのため、仮登記名義人が本登記を申請しようとする際に、本登記が記入されるに必要な実体法上の原因がすでに生じていて、本登記義務者との間では本登記を申請するに足りる手続上の要件が具備していても、なお、登記上利害の関係を有する第三者があるときは、当該第三者の「承諾書」等の添付を要することとなつたから、改正法施行前の登記実務の取扱いに比較すれば、同条一項は、仮登記名義人の本登記申請権の行使に、ある程度の制約を加える結果をもたらしたことは否定することができない。

しかしながら、財産権の内容が公共の福祉に適合するように法律で定められるべきものであることは、憲法二九条二項が明文をもつて規定するところであるから、公共の福祉を実現しまたは維持するため必要がある場合に、法律により、財産権の行使につき合理的な範囲内の制約を加えることがあるのは、憲法の予定するところであつて、憲法二九条に違反するものではない」

というのである。

本判決においても公共の福祉と財産権の制限を論点にしているように思われる。

ここでふと疑問を持つのだが、侵してはならない財産権自体を、公共の福祉に適合するように法律で定めるとしている憲法第 29 条は、いささか矛盾しているように思うのである。すなわち、財産権の内容は法律で定めることができるのであり、法律で定まった内容のみを犯してはならない、と読めないだろうか。

### 3 財産権とは

上述のとおり、財産権の内容とは、法律で定めなければ保護されない。わかりやすい例でいえば、例えば著作権や商標権などの知的財産であろうか。判例において問題となった、登記制度に関しても、物権を保護するために必要な制度を策定し、広く万人が使える制度として物に対する権利を保障しているといえよう。

実は、そのような財産権がなにもものであるかよくわからない小職は、一冊の本を手にとった。平良小百合先生の著された「財産権の憲法的保障」という本である。

本の内容は、一介のさほど優秀でもない司法書士である自身には、読み解くのが非常に難しい書籍であったが、おおむね以下のような議論がなされていたように思う。

まず、憲法第 29 条第 1 項に定める財産権とは、第 2 項にあるように法律でこれを定めなければならない。また、物権を定める民法は、そもそも現在の日本国憲法制定前から存在し、また所有権などの権利に関しては、国民が自身の財産に対する所有概念から発生したものであり、憲法制定前からその内容は定まっていた。すなわち、憲法で保障される財産権とは、下位法である民法などの私法から湧き上がってきたものであり、これを上位法である憲法の内容にまで昇華させる要素とは何か、ということである。

ごく簡単に憲法とは…との問いに答えるのであれば、国民が平和に、安全に生活できるよう、その自由と権利を保障し、国がしてはいけないこと、すべきことを国民が決めたもの、ということになるかと思う。このように国を縛る法の中に、財産権の具体的な内容が書かれていないということは、結局、国がどのようなものを財産権とするか、自由に決めてしまっていていいということにならないだろうか。

### 4 おわりに

以上のような疑問点に関し、当然小職はその答えを持ち合わせてはいないし、そのようなことに答えを出せるほど、憲法やその他の法に精通しているわけでもない。

この1年と少しの間、ともに研究をしてきた他の研究員の思慮深い研究にも感心してばかりである。中林委員の土地所有権の成立の研究や、今現在の問題点としてのコロナと憲法の研究をされた白井委員の考えもお聞きしながら、憲法に触れて、つたない論考をしてきたが、自身の小ささを目の当たりにしただけのような気もする。

研究成果と言えるようなものでもないが、以上のような疑問点を持つことができたことが、この1年の活動の成果であるようにも思われる。

## 土地は誰のものだったのか

研究員 布目貴大（富山県会）

### 1 はじめに

宇宙は、加速・膨張しているといわれる。宇宙の中に銀河系があり、太陽系があり、地球がある。その地球で生活する人々は、財産としての土地を所有し、豊かさを追求し、産業革命以後、化石燃料の燃焼によって経済発展を遂げてきた。

地球の誕生から46億年。気温の安定した完新世間氷期は約1万2000年前から現在まで続くといわれるが、2000年代初頭に、地質学の分野から、人類の経済活動が地球環境に大きく影響している現代は、完新世の次の地質年代である「人新世 (Anthropocene)」に入ったとの議論がなされている。

宇宙の営みの壮大さ、地球の大きさを考えれば、人類の経済活動は非常に小さなものに見える。しかし、18世紀以降、地球大気は気温は上昇し続け、気候は激変し、現状のまま推移すれば、近い将来、水没する国もあると警告されている。

環境学者のヨハン・ロックストロームは、「小さな地球の大きな世界」の中で、「プラネタリー・バウンダリー（地球の限界）」を説いている。人類の経済活動が地球のキャパシティを上回り、地球の自己回復システムが追い付かないということだ。

地球の気温上昇が始まった18世紀といえば、土地や資源、工場、機械等が私人の所有として法律で保護され、人類の生産活動の中心が農業から工業に移行した時期である。

2020年に斎藤幸平の「人新世の『資本論』」がベストセラーとなったのは記憶に新しく、資本主義によって解体された「コモンズ」の領域の拡張が説かれ、注目を集めている。

さて、近年、「ノマド」「バーチャルオフィス」「テレワーク」等の言葉が登場しているものの、人間の経済活動の基盤は土地である。人間の経済活動は、土地所有権と密接に関連するものである。問題解決の断片として、日本における土地所有権とは何かについて、土地所有の変遷を振り返りつつ考えたい。

### 2 土地はそもそも誰のものだったのか

原始、土地は誰のものでもなかった。今でこそ数センチメートルの差を争う境界争いが起きているが、土地を所有することがそれほどの価値をなさない狩猟・採集の時代には、土地所有という概念はなかったといわれる。日本で土地の所有意識が芽生えたのは、朝鮮半島から稲作が伝来し、土地の占有の上に成り立つ農耕が始まってからである。土地が食料を生産・供給するため、肥沃な土地を中心に集落（ムラ）ができ、食料の安定供給による人口の増加によって、生存のためにより多くの土地を必要としたムラは、他のムラの土地を力によって収奪し、「ここは俺の土地だ」と主張した。拡大したムラはクニとなった。力のある者が土地を奪い、線引きをしたのが土地所有の始まりである。土地所有が物騒なものであることは現在にも通じるものがある。しかしながら、古代社会は、土地所有権を明確に定義していなかった。そこから、大化の改新によって公地公民制が敷かれ、徴税システムとしての班田収授法、三世一身法を経て、個人の土地所有権を認める墾田永年私財法が誕生。土地所有は荘園の成立をもたらし、紆余曲折を経て戦国大名を生んだ。天下人となった豊臣秀吉の時代、

強大な軍事力を背景とした太閤検地が行われ、現代の登記制度につながる基礎が完成し、戦費調達のための地租改正を経て、民法の制定よりも先に旧登記法が制定されるに至った。

次に、明治以降の土地収奪について確認する。

### 3 明治以降の土地収奪事例（アイヌ民族）

アイヌ民族は、樺太、千島列島、北海道本島、東北地方北部に及ぶ広い地域に先住していた民族であり、独自の文化的進化を遂げ、14世紀頃にアイヌ文化を形成したといわれる。アイヌと和人の間では、1457年に今でいう函館で、1世紀にわたる大規模な戦争「コシヤマインの戦い」が発生しており、1550年にお互いに支配地を確認して和睦するに至った。

17世紀、大名は、幕府から土地の支配権（知行地）を与えられており、土地の価値は石高（米収穫量）で表された。しかし、蝦夷地では稲作が不可能であることから石高制が適用できず、現在の北海道松前町に拠点を置いた松前藩には、アイヌとの交易権が知行として与えられ、この交易権の一部（商場に交易船を送る権利）が藩士の俸禄とされていた（商場知行制）。当時、アイヌは交易の相手方であり、ある程度の自由が保障されていた。

18世紀前半頃から、松前藩の藩士は、交易権を商人に与えて運上金を得るようになり、有力な場所請負商人が藩に金を納めることで交易を全面的に請け負うようになった（場所請負制）。場所請負商人は、アイヌの人びとを使役して利益を得るようになり、大資本による漁業資源や木材資源の収奪が始まった。18世紀後半からは、藩主の直営地も場所請負制となり、松前藩の財政は、場所請負商人からの運上金に依存することとなった。松前藩は、場所の設置を際限なく許可した。商人の過酷な使役が1789年に起こったアイヌ蜂起「クナシリ・メナシの戦い」に繋がった。

蝦夷地では、二段階に分けて幕府の直轄化が行われ、アイヌの同化政策がとられた。これはロシアの南下がきっかけであり、幕府は国防のための手段としてアイヌを利用した。

1868年の鳥羽・伏見の戦いに始まり五稜郭の戦いに終わった戊辰戦争後、明治政府は、函館に「開拓使」を設置し、北海道とアイヌは日本の領土、国民へと強制編入されることとなった。もともと、狩猟・漁労、採集を通して、大自然と共生していたアイヌの人びとには、土地所有概念はなかった。開拓使は、「北海道土地売貸規則」「地所規則」を作り、アイヌに所有という概念を持ち込んだ。明治政府は、アイヌの人びとが共同使用してきた入会地も含めて、無主の土地として取り上げ、移住者に私有させた。1899年に制定された「北海道旧土人保護法」は、アイヌから取り上げた土地を給与地として使用を認めることで、慣れない農業に従事させるもので、保護を名目とした差別と同化の政策であった。同法は、新憲法制定後も1997年に廃止されるまで存続した。その後、「アイヌ文化振興法」の施行によって明治時代から北海道庁の管理下にあったアイヌ民族の共有財産が返還されることとなったが、土地の返還はなされず、「アイヌ民族支援法」（アイヌの人々の誇りが尊重される社会を実現するための施策の推進に関する法律）が成立した現在も、土地なき文化の振興が施策とされている。

### 4 明治以降の土地収奪事例（琉球民族）

沖縄の統治権が米国から日本に返還されてから、2022年で50年を迎えた。沖縄は、14世紀頃から明治初期に武装警官により日本に併合されるまでは、琉球王国という東アジア有数

の交易国として成長した独立国であった。日本の植民地支配によって、日本の中のひとつの地域として沖縄県とされた。第二次世界大戦では、本土防衛のための捨て石とされ、住民を巻き込んだ日米両軍の地上戦が行われ、戦後は日本から切り離され、27年もの間、米軍の占領統治下に置かれた。日本への復帰後の現在もなお、国土面積の0.6%にすぎない沖縄県に在日米軍専用施設の70%以上が集中しており、基地の過重負担は、沖縄の社会経済発展の阻害要因となっている。

1972年まで続いた米国による沖縄統治は、主権は日本にあるが統治権は米国にあるという国際法上の根拠がない異例のものだった。朝鮮戦争が勃発すると、米軍は基地建設のために、占領下にある沖縄で「土地収用令」を公布し、抵抗する住民には武装兵を送り込んで銃剣を突きつけ、ブルドーザーで家屋を潰しながら土地を強制収用していった。沖縄では、復帰から50年を経た今もなお、「軍事的には沖縄でなくてもいいが、『本土』の理解が得られない」という差別的な理由により、民意を無視した新基地建設が強行されている。

近年は、国連において、沖縄における様々な人権状況の調査がなされており、沖縄が置かれている状況は、先住民族の権利保障がなされていないことに原因があると指摘され、琉球の人びとは先住民族であるとして、日本政府に対して人権状況の改善を求める勧告が出されるようになってきている。

この点、2007年の国連総会では、「先住民族の権利に関する国際連合宣言」が日本を含む圧倒的多数の賛成で採択されている。権利宣言は、国際人権法の重要な法源となっており、当該国際人権条約の批准国は遵守する義務がある法規範となっている。同宣言には、次の規定がある（注1）。

#### 第28条 【土地や領域、資源の回復と補償を受ける権利】

1. 先住民族は、自らが伝統的に所有し、または占有もしくは使用してきた土地、領域および資源であって、その自由で事前の情報に基づいた合意なくして没収、収奪、占有、使用され、または損害を与えられたものに対して、原状回復を含む手段により、またはそれが可能でなければ正当、公正かつ衡平な補償の手段により救済を受ける権利を有する。
2. 関係する民族による自由な別段の合意がなければ、補償は、質、規模および法的地位において同等の土地、領域および資源の形態、または金銭的な賠償、もしくはその他の適切な救済の形をとらなければならない。

#### 第30条 【軍事活動の禁止】

1. 関連する公共の利益によって正当化されるか、もしくは当該の先住民族による自由な合意または要請のある場合を除いて、先住民族の土地または領域で軍事活動は行われない。
2. 国家は、彼／彼女らの土地や領域を軍事活動で使用する前に、適切な手続き、特にその代表機関を通じて、当該民族と効果的な協議を行う。

先住民族の定義として国際法上の根拠を持つものは、1989年の国連総会で採択された「独立国における原住民及び種族民に関する条約（第169号）」第1条である。同条には次のとおり規定されている（注2）。

- 1 この条約は、次の者について適用する。
  - (a) 独立国における種族民で、その社会的、文化的及び経済的状态によりその国の共同社会の他の部類の者と区別され、かつ、その地位が、自己の慣習若しくは伝統により又は特別の法令によって全部又は一部規制されているもの
  - (b) 独立国における人民で、征服、植民又は現在の国境の確立の時に当該国又は当該国が地理的に属する地域に居住していた住民の子孫であるため原住民とみなされ、かつ、法律上の地位のいかに問わず、自己の社会的、経済的、文化的及び政治的制度の一部又は全部を保持しているもの
- 2 原住又は種族であるという自己認識は、この条約を適用する集団を決定する基本的な基準とみなされる。
- 3 この条約における「人民」という語の使用は、国際法の下においてその語に付随する場合のある権利についていずれかの意味を有すると解釈してはならない。

国連の自由権規約委員会は、2008年の日本審査の総括所見において、琉球・沖縄の人々を先住民族と認めて、その権利を保護すべきという勧告を出し、特に「土地についての権利」を承認するように要求し、その後も何度も勧告を出している。また、人種差別撤廃委員会も沖縄の人びとを先住民族と認めて、権利を保護するよう勧告しているが、日本政府は一貫して沖縄の人びとの先住民族性を否定している。

日本政府が先住民族性を否定する大きな理由は、「先住民族の権利に関する国際連合宣言」の規定によって、基地の保持が困難になることにある。軍事基地は、生活する人びとを苦しめるだけでなく、地球環境を破壊する最たるものである。

## 5 おわりに

日本の土地所有は力のある者による収奪から始まっている。原始、土地は誰のものでもなかった。しかし、近代以降、先住民族から奪った土地は、そこを使用して生きてきた人びとに返還すべきである。

明治以降、西歐的な絶対的所有権の概念が民法典に組み込まれ、使用価値よりも交換価値に重きが置かれることとなり、土地は投機の対象となり、土地神話を生んだ。土地所有者は、法令の制限内において土地を自由に使用・収益・処分を行うことができるとされるが、「人新世」に入ったといわれる現代においては、グローバルな視点から地球環境に及ぼす影響を分析し、適切な制限を模索する必要がある。

改正土地基本法には土地所有者の「責務」が明記され、同法には、「土地は、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源」とある。この「責務」の規定を、管理不全の土地の管理責任を私人に押し付ける意味として捉えず、安定的な地球環境を保護するために、限られた貴重な資源を次世代に引き継ぐための人類の責任として捉えることで、冒頭で紹介した「コモンズ」の概念をローカルな部分から拡張していく可能性が見えてくるのではないだろうか。

注1) United Nations 「先住民族の権利に関する国際連合宣言」(仮訳)

[https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_japanese.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_japanese.pdf)

注 2) ILO「1989 年の原住民及び種族民条約 (第 169 号)」

[https://www.ilo.org/tokyo/helpdesk/WCMS\\_238067/lang--ja/index.htm](https://www.ilo.org/tokyo/helpdesk/WCMS_238067/lang--ja/index.htm)

## 所有権の「絶対性」への警鐘～荒廃する農地を目の前にして～

研究員 中林和典（群馬会）

### 1 国の行く末への不安

司法書士として不動産の相続登記に関わっていると、国の行く末に不安を感じることがある。

地方で活動する司法書士ならば、ほとんどの人が経験することだろうと思うが、相続した土地を今後どうしたらいいか相談されることがある。特に農地について相談されることが多い。だいたいの相談は、田舎に住む親が亡くなり、その住宅や農業を営んでいたときに耕作していた農地を、街や都会に出て行った子供が相続登記した際にされる。確かに、市街化調整区域の農地は大した固定資産税が課されるわけではないので、取りあえずそのまま所有していても大きな負担にはならないが、放置すれば雑草が伸び放題になって周りからの苦情を呼ぶことになる。成年後見人の業務として空き家管理を行ってみて初めて知ったことであるが、草刈りの負担というものはこんなにも大きなものなのかと痛感するところである。だから、耕作をできない街の相続人は周辺の農地を耕作している農家に頼んで、地代はほとんどタダで耕作してもらうわけである。しかし、その農家自身も 80 歳代の方が多くなり、いつ耕作できなくなるかわからないような年齢の人たちばかりである。それでも、そうやって耕作の頼まれごとばかりされるので、高齢であるにもかかわらず大規模農家のように、「もうできないよ」と断られることも多くなっている。70 歳代となると団塊の世代で、農家の生まれでも多くが外に出てサラリーマンになった世代だと思う。筆者の父や母もそうであった。そうすると、もう耕作を頼める農家はほとんどいなくなっているのではないかと感じる。農林水産省の調査でも、個人経営の農業経営体は、平成 22 年の 164 万 4,000 経営体から令和 2 年の 103 万 7,000 経営体へと、たった 9 年で 36.9%減少している。他人事とはいえ、どうしたらいいのだろうと考えてしまうところである。

一方、資金力のある知人が何年か前から農業に進出し、年齢的にはまだ若いので「これからは農業が大事だ」と意気込んで、大規模に人を雇って農業に従事していた例がある。しかし、単純に農業だけでは経営が成り立たないようで、農家カフェのように 6 次産業化しようとしたが、それもこのコロナ禍で希望が持てない状況となって農業自体からも撤退してしまった。「軌道に乗っている農家ならよかったんだけど」と言われたように、やはり農業というのは経営的にはかなり不安定な部分があり、新規参入するには非常に難しい仕事なのだと感じざるを得なかった。農業法人等の雇用者側の面で見れば、令和 2 年農林業センサスによると、法人などが雇う常雇いは 15 万 6,777 人だが、5 年前の平成 27 年は 22 万 152 人であったから 5 年で 28.8%減少している。雇用する側の経営縮小や廃業が進んだ影響が大きいとみられる。

耕作されない農地はドンドン産出されていき、一方で農家はドンドン減少していく。すべてが全てそうではないにしても、このままでは日本という国は成り立たなくなるのではないかと感じる場所である。司法書士になった自分が言えることではないが、そもそも国民を含め日本という国は第 1 次産業を軽視し過ぎていると感じる。筆者は 50 歳になるが、自分の友人に農家になったという人がほとんどいない。よほど商才があるか、「軌道に乗って

る農家」に生まれない限り農家にはなれないというのが実情ではないだろうか。

話は変わるが、土地自体に対する捉え方も大きく変化しているのを感じる。東京などの都市部ではまだまだ土地が資産として見られているだろうが、地方ではよほど立地が良くない限り、もはや資産としては見られないようになってきている。年老いた親が多く土地を所有している場合に、その子たちが親に対して早くその土地を処分するよう迫っているのを何度も見てきている。筆者も相談者に対して、「本当に直接必要とする土地以外は持たない方が賢明ですよ」などと冗談半分に話すことがあるが、これはほぼ本音である。山や田畑が資産と見られていた時代はとっくの昔に終わっている。相続登記の過程で遺産分割協議に触れることもあるが、若い頃から東京に出ていっている相続人はなかなかこの資産価値の無さを理解してくれず、資産放棄に見合った権利を主張されることがある。これを説得することは筆者の仕事ではないが、何だか空しくなることもある。首都圏における不動産バブルの活況の中にあっても、なかなかこのような地方の現実を理解できないのかもしれないと感じるところである。そこが農地荒廃への対策を後手後手にまわしてしまう理由でもあるだろう。

このままでは国土の大半は死んだような土地になってしまう。自然に返せばいいと言われればそれまでだが、少しは抵抗してみたくもなるところである。

## 2 元来の日本人の土地所有観

そう考えたときに、土地というものの融通の悪さに目が行くようになった。それは個人の土地所有権の絶対性から来るものである。所有者が不明であっても所有者は保護しなければならないし、逆に土地が不要になっても所有を維持し続けなければならない。近年の物権法、不動産登記法等の改正で一部変化が見られるが、それでももちろん所有権の絶対性は維持されているし、リベラルを自負する筆者自身、個人の所有権は最大限尊重されるべきだと考えている。

しかし、土地の所有権は、動産と同じように絶対的に保護すべきか疑問を感じるようになってきている。海や川に至るまでは全ての土地が地続きであるし、空間としては切り離せないものだからである。どの土地であっても公共の一部であることは確かだろう。

そこで、近代的所有権が導入された明治期以前の日本人は、土地を所有することについてどのように捉えてきたのだろうかと考えようになった。不動産について特化した歴史書があまりない中、安藤優一郎先生が「江戸の不動産」という、新書だが興味深い本を出されている。江戸の町に限定されるが当時の人々の土地観がよくわかる。また、水本邦彦先生の「村百姓たちの近世」では、土地について書かれた本ではないものの、当時の百姓たちの土地観が垣間見えるのでご紹介したい。

江戸当時の土地（と言っても、現在の23区よりも狭い範囲であるが）の約70%は武家地、15%は寺社地、そして残り15%が町民地であったとされている。このうち武家地と寺社地は幕府からの拝領地であったから基本的に売買できる土地ではなかった。また、町人地も武家の生活を支えるために幕府から土地を割り当てられたものであり、江戸城の御用を勤めるために年貢も免除されていた。だから、当初はどの土地も資産として取引ができるようなものではなかったはずである。

しかし、1657年の明暦の大火で江戸城を含め江戸の6割が焼失してしまったことが江戸期の転換点となった。この大火を機に防災都市としてのいわゆる都市計画が進められ、「火

除地」などを設定しなければならない関係上、大名屋敷などの多くが移転を迫られた。これにより江戸の土地は外側に拡大することになったのである。

このように土地の管理者が動く中で、また長く平穏な江戸時代の中で、本来取引など認められていないはずの土地が、法の抜け穴を縫うように事実上の取引がされるようになっていく。ただし、これはあくまでも大名や豪商、豪農たちの話である。一般の武士や町人などの庶民は、幕府や藩から土地を拝領していたり、豪商などが持つ長屋に住んでいたりしたわけだから、土地の所有意識などはなかったはずである。不動産を資産と見て所有意識を持っていた者は極々一部であったと思われる。

なお余談にはなるが、当時の状況を憲法的視点で見て面白いなと感じることがある。それは不動産を資産として所持するには、様々なリスクが伴っていたということである。その中でも注目されるのは、飢饉が発生したときの住民への生活援助である。江戸の時代は、飢饉や災害時に幕府からの公助がない分、自助・共助が求められ、大名や豪商、豪農がそれを負担していた。現代で言う政府がないことから、ある種の「生存権」の負担を財力のある大名や私人が負っていたと理解できる。一揆などを背景にして庶民から迫られたにせよ、一揆を見越して自発的に行ったにせよ、生存権保障が自然発生的に存在していたことが興味深いし、それを土地所有者が負担していたということも興味深い。そんなところから、「権利には義務（責任）が伴う」という思想を古来より持っていたのだと感じる。

次に、百姓たちはどうであっただろう。近世の百姓を取り巻く環境として、領主からの統治と村による自主統治を問題ごとに選択するという、二元的統治機構が存在していた。この近世の村は、概ね現在の区や大字に対応しているとされる。つまり、かなり狭い範囲の集落のようなものである。村掟などを破った場合に科される制裁は、領主に限らず村からも科されることがある。領主だけでなく村からも管理されるわけだから、百姓にとってはかなり窮屈な社会だったのであろうことは想像に難くない。このような社会であるから、百姓個人が土地を所有するなどということは到底考えられない。

もっとも、村について考えてみると、近世の領主は人と土地を石高に換算して所有する、いわば数字所有の領主だったと見られることから、百姓の生活を統治していたのは、第一義的には村である。つまり、土地の管理もまずは村が行っていたと考えられる。しかし、当時の土地はあくまでも農業のための道具であり、一つの資産として考えられるものではなかった。むしろ、農業の仕組みを知ると農業と土地が切っても切り離せない関係にあったことがわかる。すなわち、近世農業は草肥農業（山野の草や若葉を肥料に用いる農法）の全盛期であった。この草肥農業の特徴は、草や柴の確保のために膨大な山野を必要とするところにある。少ないところでも田畑の面積と同程度、多いところは10倍に上る面積を要した。そこで、複数の村で草山を共有することもあったくらいである。そして、これによる近世農村の資源循環利用の在り方は、産業技術史の視点から見ると世界に類を見ない資源のクローズド・システムだったと評されている。現在のSDGsにもつながるような循環型社会である。

18世紀後半にオランダ商館付きの医師として来日したスウェーデン人のカール・ペーテル・ツェンペリーは、自国スウェーデンの農民や農村社会と比較しながらこう述べたとされる。

「日本の農民は、他の国々で農業の発達を今も昔も妨げているさまざまな強制に苦しめられるようなことはない。農民が作物で納める年貢は、たしかに非常に大きい。しかし、とに

かく彼らはスウェーデンの荘園主と比べれば、自由に自分の土地を使える。」

近世の百姓が多くの時間を農業に専念できる環境にあったことは確かだったようである。農業を営むという点では、ある意味で満たされていたとも言える。このような社会の中で百姓個人が土地のみを資産として考えるようなことはなかつただろうと思われる。その代わり、村が管理所有するような社会であったと推測される。これは現在の総有に通じる状況だったのである。そしてやはり、一般の庶民が土地所有の意識を目覚めさせるのは、江戸末期や明治期になってからである。

### 3 現代総有論

江戸期以前の日本人に土地所有の意識が少なかったことを見てきた。だから個人の所有権に制約を課してもいいなどと乱暴なことを言うつもりはない。しかし、日本人の意識の中には、今でも集落の中で公共性を大事にする感覚が強く残っているのではないかと感じる。筆者の地元では近所の人定期的に公園の草むしりをする決まりがあったり、自治会の行事なども結構あったりする。良くも悪くもおそらく全国の各町内で様々な決まりがあるのだろうと想像する。そうであれば、個人の権利を尊重する一方で、コミュニティや団体の権利というものも見直していてもいいのではないかと感じる。そのようなことを考える中で、興味深い一つの考えに出会った。それは五十嵐敬喜先生が提唱される「現代総有論」である。

現代総有とは、個人の所有権は尊重するが、その利用には結束した共同体が主体となり共同で行うというものである。

これは、イギリスのエベネザー・ハワードの理想を追求した都市「レッチワース」を創り上げた「田園都市」の考え方を基にしている。五十嵐先生の記述を借りて、以下に「田園都市」を説明する。18世紀産業革命時のイギリスでは、農村から都市へ多くの農民が労働力として駆り出されたが、過密で劣悪な住環境のもとで暮らさざるを得なかったという。その時代の都市は公害により極めて不衛生で多くの人々が健康を害していた。これを見たハワードが貧しい労働者をそのような悲惨な状態から解放し、健康な心身を取り戻すため、その受け皿として新都市の建設を構想して彼らを受け入れようとした。具体的には、市街地の周りにグリーンベルトを配置し、市街地内部には居住スペースと職場たる工業地域、また学校や商店といった生活施設を配置し、職住接近の新しい都市を創ろうとするものであった。これを実現させたのが「レッチワース」である。

このような考え方は日本にも伝わってきており、東京の田園調布はこの田園都市をモデルに作られているとされている。また、不幸にも志半ばで亡くなられた大平正芳首相も「田園都市論」を提唱されていた。大平首相は「自然と調和したバランスのとれた人間社会をつくり出さなければならない」とし、「相互に相補う生産性の高い工業と農業が、また都市と農山村が高次に結合された社会」を目指されていた。そして、これにより田中角栄首相の日本列島改造論による地価高騰の流れを変えようとした。地価高騰へのカウンターとしてバランスのとれた社会が求められた点は、現在の東京の地価高騰や一極集中に反発する考えと似た部分があるのかもしれない。

五十嵐先生は、都市はみんなで創るものであり「結束力のある共同体」の形成がなければならないと主張する。「田園都市」も同じ志を持つ人々が一人ひとり自由でありながら、全体的には都市の秩序すなわち「職住一体、美しい都市、利益の共同体還元」という大きな

目標と、ルールを共有しながら、参加し、創り上げていくものであるとする。つまり、共同体の存在、人と人とのつながりを重視するのである。

現代では、経済的には、無限大の利潤獲得競争に対する抜本的改革・処方箋が求められている。それは、資本と市場という二極の構造に対して、その中間に、組合、地域産業、非営利事業などが参加する、公共的市場とでもいうべき新たな市場を開拓するという動きに見られる。また政治的にも、政・官・財と市民という二極構造に対して、NPO・NGO・コモンズ・アソシエーション・コミュニティなどのように、必ずしも営利を目的とせず、公共的な利益の確保のために、人々の共同作業を行う存在を構築する動きがある。現代総有の主張もこの新しい動きと連動するものである。

ところで、もともと民法には入会権についての規定があり（第263条）、入会権の法的性質は総有だと解されている。明治憲法と民法が成立したことにより「個人の近代的所有権」が確立されたとされるが、それ以前には様々な土地所有形態があり、前述したように、集落のような団体（村）が土地を所有するという形も存在していた。民法制定当時、明治政府はそのような社会的実態を継続させる必要があると判断して入会権を規定したとされているが、入会権のような、団体による土地所有形態は各地で様々なものがあり、これをひとつの定義に絞り込むということは難しかったようである。そのため、民法は入会権について、その地域の慣習にほとんどを委ねることになったとされている。

この入会権は主に山の所有形態として用いられるが、これは山自体に経済的価値があるから成り立った話である。前述したように、草肥農業を営む上では山の存在は不可欠であった。また、立木自体も貴重な財産であった。だからこそ、その貴重な山を村全体で保持、管理していたわけである。しかし、現代では山自体にほとんど価値を見出せなくなっているため、入会権もあまり問題になることがなくなっている。

入会権のような土地利用形態を、五十嵐先生は「古典的土地利用の思想や方法」と説明するが、これを現代の都市にも導入し、より「豊かで幸福」な生活を創るための新たな総有論を開拓したいと考えられ、「現代総有論」を提唱したとされる。

#### 4 荒廃する農地に対する一考察

五十嵐先生は、集落や様々な中間団体のような共同体を重視して、その共同体が土地利用主体とならなければいけないと考えられている。そして、そのような土地利用を踏まえて都市全体をデザインしていくべきだと考えられている。それはあくまでも「官」による都市計画ではなく直接都市を利用する「民」の力を結集することから生まれるものであり、「人と人とのつながりが欠かせない」と説かれている。筆者もそのとおりだと考える。過度に東京への一極集中が進んだり、あらゆる物事が効率的・画一的になったりすることで、中間団体が失われる形になってしまった。例えば、労働環境の中では労働組合があることで人と人とのつながりが保たれていたが、労働組合は廃れてしまった。また、街の自治会などがあることで人のつながりがあったが、それが廃れることで街の中でのつながりがなくなってしまった。今一度そのような中間団体の価値を見直さなければいけないと考えている。だから、そのような都市のデザインも中長期的な計画としては大いに賛同する。

しかし、冒頭で述べたように農地が荒廃するのは目前に迫っている。一刻の猶予もないというのが実感である。そこで、現代総有の要素を、廃れていく農地に対して導入してみても

どうかと考えた。つまり、荒廃する農地の個人所有を廃して集落やもう少し大きな範囲の地域での総有とするのである。管理上は今ある土地改良区のような中間団体を作ってもいいかもしれない。

ところで、本稿を寄稿した令和4年11月現在、所有者不明土地問題等の対策を目的とする物権法や不動産登記法等の改正法が成立済で、重要部分の施行も間近に迫っている。特に、相続土地国庫帰属法の施行が令和5年4月となっており、つい最近もパブリックコメントが募集されていた。そして、令和4年9月29日政令が公布されており、国庫帰属の要件である、10年分の管理に要する負担金の金額が決定している。これによれば、市街化区域などの利用可能性の高い土地以外の農地は、面積にかかわらず20万円となっている。実際にこの制度がスタートしてどのように運用されていくかはわからないところだが、少なくともこの金額に関しては思っていた以上に安いという印象である。冒頭で述べたように、農地は耕作放棄地にしたとしても毎年草刈りなどのコストがかかる。下手をすれば、20万円程度は2、3年で出費してしまうかもしれない。それを考えれば、国庫に帰属させた方がずっと得であるので、司法書士の立場からしても、いらぬ土地で、要件を満たす土地なら国庫帰属させた方がいいとアドバイスするのではないかと思う。

そうするとその後、国庫帰属した農地がどうなるかである。先日、とある自治体の首長や総務課の職員とこの件につき話をしたが、おそらく各自治体に管理委託されるだろうとのことであった。しかし、自治体が広大な農地を管理しきれないはずもない。やはり民間の力を借りることになっていくはずである。その際に、耕作能力に余力のある農業法人などがあれば、そこに安く貸し出したりすればいいのだろうが、冒頭で述べたように、農業法人の経営も簡単ではない。農水省の調査でも、農業経営体としての団体経営体は、平成22年の3万6,000経営体から令和2年の3万8,000経営体へと微増となっているものの、雇用される労働者はこの5年で28.8%減少している。雇用する側の経営縮小などが要因だと考えられるが、この状況で新たな農地の負担は難しいだろう。

そこで、地域全体の力が求められるようになっていくのではないかと感じている。場合によっては、集落などの自治会などが農地を持ってもいいのではないか。自治会が法人化して所有することも考えられるし、もっと小さな単位の集落の住民で総有することも考えられる。

その場合に問題となってくるのが農地法の存在である。令和5年から農地法第3条の許可要件である、譲受人の所有農地面積の要件が撤廃される予定だが、譲受人がしっかりとした農家でなければいけないという要件は維持されている。しかし、もはやしっかりとした農家だけでは日本の農地は維持できないのであるから、この際家庭菜園レベルでも農地所有（総有）を認めてもいいのではないかと考えている。

近年、コロナ禍によるリモートワークが発展して、東京に勤めながら地方に住みたいという現役世代も増えてきている。実際に、筆者も数人そのような依頼者から不動産登記の依頼を受けている。農地を所有していた年老いた親が亡くなり、都会に出て行っている子供たちが売主となって、東京からIターンしてくる若い家族が買主となる、ある意味典型的なケースである。住むための住宅は移転登記できるが、買主が畑も耕してみたいと言うのに、農地法がネックとなり農地の売買は完遂できない現状がある。しかし、このように農家まではいいかないが、農業をやってみたいと考える人は少なくないのではないかと考えている。

農水省の調査で農業法人等に雇われる人の総数が減少していると前述したが、一方で「新規雇用就農者」自体は増えているという統計がある。令和3年は前年比15%増の1万1,570人で過去最多を記録したという。そして、これまで主流だった、農業を営む実家に就農する人数を初めて上回ったという。つまり、雇用者として就農はするが、雇う側の縮小などにより定着できていない可能性があると言われている。職としての農業に魅力を感じる人は実際にいるのである。しかし、勤め先が安定しないから続けていけないという現状である。同時に、雇用者としての新規就農者数が増えているのは、いきなり農家として立ち立つのはハードルが高いということでもあるだろう。

また、魅力ある農業は地域地域にあるはずである。筆者の知り合いが親から山にあるキウイ畑を相続して、定年後にキウイを栽培しているが、その知り合いからとても甘い「赤い」キウイをもらったことがある。その時は大変驚いて「キウイは信号の色全部あったんですね」と笑い合ったものである。しかし、その知り合いも後継者がいない。同じ山にキウイ農家がたくさんあるらしいが、その個々の農家が途絶えたら、その場所の「赤い」キウイは食べられなくなってしまう。そのような魅力ある農業はどこにでもあるはずで、農家が途絶える前に地域で管理できればそれも守れるかもしれないし、守りたいと考える人たちもいるはずである。

そうであれば、農家の要件を思いっきり緩和したり、また、地域全体が農地を総有などで保有し、農業をしたい若者を招き入れたりしてもいいのではないか。今までのように「しっかりとした農家」や農業法人が農業を営むばかりでなく、とは言っても「官」が農業をするでもなく、もう少し緩いつながりの団体を創造して農業を営むことができないであろうか。そして土地利用も、個人所有でなく、国有でもない、もっと緩い利用の仕方を考えてもいいのではないだろうか。国土の中には、もはや所有権の「絶対性」を維持したままでは生きた国土として守ることはできないところがある。そのような地域だけでも、所有権の「絶対性」を緩める時代に差し掛かっているのではないかと感じる。少なくとも、農家に就職したい人たちがいるのだから、その人たちを活かす方法を考えるべきである。

そのようなことを考えてみると、先行きが暗いことに変わりないが、一縷の光は見えてくるのである。

#### [参考]

- ・五十嵐敬喜編著「現代総有論」(法政大学出版局)
- ・五十嵐敬喜「土地は誰のものかー人口減少時代の所有と利用」(岩波新書)
- ・安藤優一郎「江戸の不動産」(文春新書)
- ・水本邦彦「村 百姓たちの近世」(岩波新書)
- ・東京司法書士会民法改正対策委員会「民法・不動産登記法改正と司法書士実務」(日本加除出版)

## 感染症対策における公の役割と人権保障

主任研究員 白井則邦（千葉会）

### 1 はじめに

新型コロナウイルス感染症（COVID-19）（以下「新型コロナ」という。）による感染は、これを執筆している 2022 年 12 月現在でも拡大を続け、全世界で感染者数は 6 億人を超え、死亡者数は 600 万人を超えている。日本でも、感染者数は 2,500 万人を超え、死亡者数は 5 万人を越えている。

100 年前のスペイン風邪は、当時の世界中で人口の 3 分の 1 や、5 億人が感染したとされ、これによる死亡者は、世界全体で 2,000 万人から 5,000 万人といわれている。日本では、当時の人口が 5,600 万人のところ、2,000 万人が感染し、死亡者は 38 万人や 45 万人と推計されている。当時は、抗生物質は発見されておらず、ワクチンなどはもちろんなかったため、多数の犠牲者を出しながら流行が終わることを待つしかなかった。

現代は、技術や研究が進み、感染経路の特定による有効な封じ込め政策、抗生物質による治療、ウイルスの変異に対応可能なワクチンを作ることが可能となるなどの科学技術の進歩により、感染症が蔓延することを防ぎ、犠牲者を減らすための積極的な対策が可能となった。新型コロナと 100 年前のスペイン風邪とを比較すれば、2022 年 12 月現在で、感染者数は同じくらいの人数だが、死亡者数は一桁少ない数字となっている。これは、ワクチン接種をすること、適切な治療をすることなどの感染症対策が効果をあげた結果だと考えられる。その一方で、現代は国際的にも国内的にも人の移動が質量とも拡大し、100 年前より、感染症が広まりやすい環境にある。そのため、感染状況に合わせた、適切な対応を取る必要がある。これは個人単位では限界があり、政府主導の下、社会全体で対応しなければ実効的な対応が出来ない。

感染症拡大を防止するためには、ある時点において 1 人の感染者が全感染期間に感染させる人数の平均値である実効再生産数を 1 以下にする必要がある。最も有効な手段は、人と人の接触を減らすことである。このためには、感染者を早期発見し、隔離することのほか、感染のおそれのある者の行動制限をすること、社会経済活動を停止させることで社会全体の感染リスクを下げるなど、様々なレベルの対策がある。しかし、これらの対策は、身体の自由、移動の自由、営業の自由、学問の自由など様々な自由を制約する対策が不可欠である。このような人権抑制をすることは許容されるのか。この点、憲法第 25 条第 2 項は、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」と、公衆衛生増進の努力義務を明記している。つまり、国が感染症対策を行うことは、憲法上の責務なのである。

一方で、感染症対策には、先に述べたように様々な人権の制約を伴う政策が不可欠であることから、国による過度な人権抑制を防ぐ必要がある。つまり、感染症対策とは、効果的な公衆衛生が求められながらも、人権の制約を最小限にとどめるというバランスの取れた対策が必要とされるのである。そこで、本稿では、コロナ禍における様々な対応について、憲法上の制約や人権保障の観点から検討していきたい。

## 2 水際対策

新型コロナは海外で発生したことから、国内の感染を防止するためにも、初期の対策として、水際対策が最も重要となる。

### (1) 誓約書の提出

検疫法は、外国から来航した船舶や飛行機等に対して、検疫を受けることを義務づけ、検疫済証または仮検疫済証を交付するまでは上陸を認めないことで、国内に感染症の病原体が侵入することを防止する法律である。この目的を実行するため、検疫所長は、質問（検疫法第 12 条）、診察及び検査（同法第 13 条）、感染者の隔離・感染の疑いのある者の停留措置および感染の防止に必要な報告又は協力を求めることができる権限を有する（同法第 14 条）。

この協力として行われたのが、2020 年 3 月 18 日の水際対策の強化として始まった、入国後 14 日間の宿泊施設での待機、誓約書の提出、スマートフォンアプリのダウンロードなどの要請である。

この誓約書について、政府は、「帰国者に対する 14 日間の待機要請には法的根拠がなく、強制力はないとするが、検疫所業務管理室は、質問票や申告書が検疫法第 12 条の対象になる」と、矛盾した説明がされていた（注 1）。誓約書には、「虚偽の申告をした方は、検疫法第 36 条の規定により罰せられることがあります」と記載があるため、検疫所業務管理室の言い分である検疫法第 12 条が根拠であると考えられる。これは、罰則の威嚇のある事実上の強制であった。政府が法的根拠のない要請と述べたのは、待機期間にかかる場所の確保や滞在費などを補償する意思がないという趣旨であると考えられる。しかしながら、罰則を伴う要請を求めるは半強制であり、しかもその目的は国内における感染拡大を防止するという公共の福祉のために他ならないのであるから、政府は法的根拠ある要請だと正面から認めるべきだった。また、誓約書を書いても、制約を守らず、公共交通機関を利用したりするケースが多発したことを考えるならば、水際対策の実効性を保つために、政府が滞在費用や場所を提供すべきであった。

この誓約に違反したとして、2021 年 8 月 4 日、誓約書にサインしながら入国後 14 日間の待機中に所在不明となった日本人の氏名・行動履歴などが初めて公表された（注 2）。氏名・行動履歴の公表はプライバシー侵害であり、また社会的制裁に繋がるものであるから、法的根拠が必要である。公表が必要だと考えたのであれば、根拠法を準備すべきであった。

### (2) 検査証明書がない者の上陸拒絶

厚生労働省は、2021 年 3 月 5 日付「水際対策強化に係る新たな措置（9）」において、「検査証明不所持者については、検疫法に基づき上陸等できないこととし、これにより、不所持者の航空機への搭乗を拒否するよう、航空会社に要請する」と防疫強化措置に踏み切った。これにより、出国前検査証明書がない場合は、検疫法第 18 条第 1 項の仮検疫済証の交付が行われず、同法第 5 条に基づき上陸が拒否されてしまったのである（注 3）。

この措置により、日本への上陸を拒まれ、航空会社により外国へ送還された者は、2021 年 6 月 10 日時点で 74 名にもなった（注 4）。しかも政府は、出発地の外国に送還された日本人帰国者が、その後どうなったのかについて、何も答えないという無責任な対応であった（注 5）。

この政府の対応は、帰国の自由は、憲法による保障以前ともいえるべき絶対的な権利と考え

られること（注6）、自由権規約第14条第4項の「何人も、自国に戻る権利を恣意的に奪われない」に違反しており、憲法及び国際人権規約に反する措置であると考えられる。

また、政府の対応としても、「海外における邦人の生命及び身体の保護その他の安全に関すること」が外務省の責務とされ（外務省設置法第4条第1項第9号）、中国でコロナ対策として、湖北省武漢が事実上の封鎖がされるときに、政府がチャーター機を派遣し、日本人およそ700人を帰国された対応と比較しても、冷淡に過ぎる。そもそも、出国前検査証明書がない場合は、入国前の検査及び必要な期間の滞留を命じれば十分であり、入国を拒むことは感染症対策としての合理性も認められない。

以上のように、検査証明書がない者の上陸拒絶は、人権保障の面でも、感染症対策としても、合理性が認められない大きな問題のある対応であった。

### （3）永住者等の外国人の再入国拒否

2020年1月31日の閣議了解により、中華人民共和国湖北省における滞在歴がある外国人を対象とし、特段の事情がない限り、「日本国の利益又は公安を害する行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者」（入管法第5条第1項第14号）に該当する外国人であると解するものとされ、日本への上陸は拒否されることとなった。その後、感染拡大により対象国が拡大するとともに、同年4月3日以降に再入国許可により出国した外国人については、「永住者」、「日本人の配偶者等」、「永住者の配偶者等」、又は「定住者」の在留資格を有する者（以下「永住者等」という。）についても、特段の事情のない限り再入国を認めない方針とされた（注7）。

確かに、国家が誰を入国させるかを決定する権利を有することは、国際法上認められている（注8）。しかし、その裁量も無制限ではない。自由権規約の正式な解釈である一般的意見15（27）（規約上の外国人の地位）は「規約は、締約国の領域に入り又はそこで居住する外国人の権利を認めていない。何人に自国への入国を認めるかを決定することは、原則としてその国の問題である。しかしながら、一定の状況において外国人は、入国又は居住に関連する場合においてさえ規約の保護を享受することができる。例えば、無差別、非人道的な取扱いの禁止又は家族生活の尊重の考慮が生起するときがそうである。」とされる（注9）。これにより、法務大臣の裁量は、「家族生活の尊重の考慮」をすべきであるという自由権規約の解釈によって拘束されることが考えられる。

よって、日本人の帰国が認められる状況において、自国民が優先されるとしても、すべての外国人の再入国を拒否することは、不合理な差別になるおそれがある。少なくとも国内で安定した生活基盤を持つ外国人である永住者等については、「家族生活の尊重の考慮」の見地から、再入国が認められるべきであった。

## 3 社会全体への感染のまん延防止対策としての新型インフルエンザ等対策特別措置法

感染症対策は、日々刻々と変化する状況に対応するために、迅速に進める必要がある。しかし、感染症対策は社会経済への影響が大きく、人権の制約を伴うのであるから、法律の根拠が必要である。その大きな柱として用いられたのが、新型インフルエンザ等対策特別措置法（以下「特措法」という。）である。そこでまず特措法について取り上げる。

### （1）コロナ禍における特措法の変遷

特措法は、2012年に、新型インフルエンザ及び全国的かつ急速なまん延のおそれのある新感染症に対する対策として、国民の生命及び健康を保護し、国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的として制定された（特措法第1条参照）。政府は、新型コロナは特措法の対象ではないという見解だったため、2020年3月13日に、新型コロナウイルス感染症を措置法の対象とするための改正法が成立した。これにより、新型コロナに対して特措法に基づく対応が行えるようになった。

また、2021年2月には、新型コロナの感染状況を踏まえた、より実効的な対策を講ずるため、まん延防止等重点措置を創設し、緊急事態宣言に至らない状態でも営業時間の変更の要請を可能とし、要請に応じない場合の命令等を規定するとともに、事業者及び地方公共団体等に対する支援を規定するなどの特措法の改正が行われた。

特措法は、緊急事態宣言に関することに関心が集まるが、緊急事態宣言より前の対策について詳しく規定している。感染症対策は場当たりの出来るものではなく、事前の対策が不可欠なためである。

まず、感染拡大に備える事前準備として、政府、都道府県、市町村及び医療、電気、ガス、公共交通機関などの指定公共機関等が行動計画を策定し公表することが求められる他、備蓄要請、訓練、知識の普及などの具体的活動も規定されている（第6条ないし第13条）。

新型インフルエンザ等が発生し、全国的かつ急速なまん延のおそれのある場合に、政府は対策本部を設置し（第15条）、基本的対処方針の策定を行う（第18条）。また、都道府県知事は、公私の団体又は個人に対し、必要な協力の要請をすることができる（第24条第9項）。この第24条第9項が、地方自治体による独自の緊急事態宣言の根拠とされたが、その問題点については後に触れる。

## （2）まん延防止等重点措置

2021年2月の改正により、特定地域からのまん延を抑えるための対応として、まん延防止等重点措置が創設された。新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置を集中的に実施する必要があるものとして政令で定める要件に該当する事態が発生したと認めるときに、当該事態が発生した旨が公示される（第31条の4第1項）。緊急事態宣言より対象地域が狭く、また権限も小さいが、都道府県知事は、飲食店の時短要請、外出・移動の自粛要請、イベント開催制限などができる（第31条の6第1項）。また自粛要請に応じない飲食店に対して命令を発することができ、これに従わない場合は過料20万円の罰則が科せられる（第80条）。

## （3）緊急事態宣言

全国的かつ急速なまん延により、国民生活や経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある場合には、緊急事態宣言が発令される。2020年3月の改正時に、国会承認の有無が議論となったが、国会承認が不要とされ、国会への報告のみとされた。しかし、大きな人権侵害を伴う措置であり、民主的統制の必要や、国会における議論を通じて国民の知る権利に応える必要性を考えるならば、国会承認を求める立法をすべきだった。

緊急事態宣言が発令されると、外出・移動の自粛要請、学校、百貨店や映画館など多くの人が集まる施設の使用制限要請、イベント開催自粛要請、医療品の確保や臨時の医療施設の開設のための土地等の使用などの医療体制の確保、運送、通信及び郵便等の確保、緊急物資

の運送、特定物資の売渡しの要請などの国民生活の安定のための施策を行うことが出来る（第45条ないし第55条）。2021年2月の法改正によって、自粛要請に応じない施設管理者に対して命令を発することができ、これに従わない場合は過料30万円の罰則が設けられた（第79条）。これにより、自粛要請は強制へと変わったはずであるが、営業補償は認められていない。

なお、東京都による営業時間の短縮命令で営業被害を受けたとして、飲食店事業者が都に損害賠償を求め、都の時短命令が違法だと認められた訴訟がある（グローバルダイニング訴訟 2022年5月16日東京地裁判決）。判旨によれば、2000余りの店舗が営業時間短縮の協力要請に応じていないこと、他の飲食店への扇動や協調の呼びかけがないこと、緊急事態宣言が3日後に解除されることから抑止し得た新規感染はわずかであることから、本件命令は、「特措法第45条第3項の「特に必要があると認めるとき」の要件に該当せず違法」とされた。「国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならない」（第5条）ことから、都の命令が違法という判断は適切であると考えられる。

#### （4）行政による立法

立法作用は原則として国会が独占しているが、特措法では例外として、「国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置を待ついとまがないときは、」金銭債務の支払猶予等の政令を制定することができる（第58条）。これは、金銭債権という国民の権利を制限する一般的抽象的法規範の制定にあたることから、本来は国会による法律が必要であり、三権分立の観点から問題となる。この点、迅速な対応が必要な場合に、金銭債権という特定の財産について、厳格な要件の下で、行政に立法作用を委ねたものであり、相当性合理性が認められることから合憲と解される。なお同様の規定は、災害対策基本法や国民保護法などにも見られる。

なお、コロナ禍において、憲法改正による緊急事態条項の議論が盛んに行われている。緊急事態条項とは、戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもっては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するために、立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限を内閣に付与する憲法上の権限ことである。しかし、国会又は参議院の緊急集会を召集して立法する暇がなく、人権を停止しなければならないほど切迫した状況とは何か、またその目的は法律によって実現できないのか、という議論がほとんどされていない。憲法改正が必要なのかという重大な問題を無視して、憲法改正の議論に飛びつこうとしてしまうのは、憲法秩序及び人権保障の軽視に他ならず、危惧を感じる。

#### （5）差別への対応

コロナ禍において、感染したことを理由に解雇されたり、医療関係者が子供の保育園等の利用を拒否されるなど、様々な差別的対応が生じた。このため国や地方公共団体が、新型コロナに関する差別的取扱い等の実態把握や啓発活動を義務づける規定が、2021年3月改正時に設けられた（第13条第2項）。もっとも、差別禁止は、新型コロナに限らないため、個別法への記載ではなく、包括的な差別禁止法の制定が求められる。

#### 4 法律の根拠のない対策、不適切な法の執行など

感染症対策として行われたもののなかには、法律の根拠のないものや、不適切な法の執行もあったことから、ここで取り上げる。

##### (1) 自治体独自の緊急宣言及び自粛要請

コロナ禍においては、都道府県知事が、自治体独自の緊急宣言をし、独自の自粛要請をした。この根拠とされているのが、特措法第 24 条第 9 項である。これは、都道府県知事が、「新型インフルエンザ等対策を的確かつ迅速に実施するため必要があると認めるとき」は、公私の団体又は個人に対し、必要な協力要請が出来るという条文である。しかし、政府の発する緊急事態宣言は「新型インフルエンザ等が国内で発生し、その全国的かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、又はそのおそれがある」時に発せられるものであり（特措法第 32 条）、まん延防止等重点措置も「特定の区域において、国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある当該区域における新型インフルエンザ等のまん延を防止するため」（特措法第 31 条の 4）と、「国民生活及び国民経済に甚大な影響」という厳格な要件が必要である。それに至らない第 24 条第 9 項が、まん延防止等重点措置や緊急事態宣言に基づく自粛要請（同第 31 条の 6、同第 45 条）と同様の効果があると解釈することは困難である。従って、自治体独自の緊急宣言及び自粛要請は、法の根拠のない措置と言わざるを得ない。

##### (2) 学校の一斉休校

法的根拠がない措置の中で、特に社会に大きな影響を与えたのが、2020 年 2 月 27 日に政府から打ち出された、全国すべての小中高校や特別支援学校に対し、翌週の月曜日である 3 月 2 日から春休みまでという約 3 週間という長期間の休校を求める、一斉休校要請である。

本来、感染症の予防による臨時休業は、学校設置者である教育委員会などに決定権がある（学校保健安全法第 20 条）。しかも、一斉休校要請が行われた 2 日前の同月 25 日付事務連絡において、休校や学級閉鎖については各自治体の判断に任せるという通知を出したばかりだった。また、県単位での臨時休校も、一斉休校要請の前日である、同月 26 日に、北海道教育委員会が道内の小中学校に出したのが初めてであり、しかも、休校期間は 3 月 4 日までという短期間の要請であった（注 10）。

この政府による一斉休校要請は、金曜日の放課後に突然発表された。寝耳に水の発表に、各自治体、学校、保護者、生徒らは大混乱に陥った。学習の確保をどうするのかという教育面の問題も大きいのが、特に混乱を極めたのは、保護者の就労についてであった。現代は共稼ぎ家庭も多く、特別支援学級や低学年の児童を一人で留守番させるわけにはいかないため、休校の場合は休みを取る必要がある。ところが、各自治体にとっても寝耳に水であり、政府による発表時には、各自治体は何も決めていなかった。保護者が学校へ問合せしても、未定という回答であったり、留守番電話のため問合せをすることも出来ないため、週明け以降、就労が可能なか不明な状況に追い込まれた。各自治体も、週末に教育委員会を開くなど、突然の一斉休校要請への対応に追われた。

一斉休校要請の結果、期間に多少の差異はあるものの、多くの自治体では休校となった。これによって、保護者も長期間休業しなければならず、大きな収入減少になることも問題となった。後に、臨時休業などを行った小学校などに通う子どもの保護者の収入確保のために、

小学校休業等対応助成金・支援金が創設されたが、一斉休校要請と併せて、若しくは事前に制度を設けておくべきだった。なお、本稿では詳しくは述べないが、小学校休業等対応助成金・支援金の支給額について、被用者と自営業者とで金額に差があったことは、不当であったと考える。

また一斉休校要請は、幼稚園、保育園、放課後児童クラブなどは対象外とされ、開所することが求められた。おなじ児童が集まる施設であるにもかかわらず、学校との対応の違いは説明が出来ず、感染症対策として一斉休校要請は合理性があったのか当初から疑問視されていた。そして、日本医師会から2020年5月15日付で出された「小児の新型コロナウイルス感染症に関する医学的知見の現状」によれば、「学校や保育施設の閉鎖は流行阻止効果に乏しい」との見解が示された。政府による学校一斉休校要請は、法律の根拠に基づかないのみならず、感染症対策としての合理性も乏しい過剰な人権抑制であった。

### (3) 要請に従わない飲食店に対する圧力

2021年7月8日は、東京に4度目の緊急事態宣言が発令され、千葉、神奈川、大阪などにまん延防止等重点措置の継続が決定された。これらの地域では、特措法に基づく飲食店に対して酒類提供の停止要請が行われていたが、この要請に従わない飲食店があったこと。これに対し、政府から、法律の根拠のない二つの圧力がかけられた。

一つは、国税庁が同日発した、「酒類の提供停止を伴う休業要請等に応じない飲食店との酒類の取引停止について」という通知である。酒類販売事業者は、国税庁が所管する、酒類の販売免許を得なければならない。免許を奪われることは、廃業を意味する。免許剥奪の可能性という威嚇を背景にして、酒類販売事業者を政府の手先として使おうとする不合理な通知であった。

もう一つは、同日の記者会見において、西村康稔経済再生担当相から発せられた、酒類の提供停止に応じない飲食店に対し、取引金融機関から順守を働きかける旨の発言である。

いずれも、法的に根拠がなく、営業の自由に対する侵害だとして大きな批判を浴び、金融機関への働きかけは同月9日に、酒類を提供する事業者に対する通知は同月13日に撤回された。

### (4) 風営法を根拠とした警察による取り締まり

2020年5月25日に初めての緊急事態宣言は解除された。しかし、第二波は、解除直後の6月から始まり、7月にピークを迎えた。当初は、新宿の繁華街を中心として感染が広まったことから、ホストクラブ、キャバクラなどの「夜の街」が問題とされた。これに対し、警察が風営法に基づく調査という名目で立ち入り、コロナ対策の確認や指導を行うことがあった。これは本来の法の目的の趣旨を逸脱した濫用であり、法律に基づく行政に反する行為であった。

また「夜の街」とアナウンスされることで、特殊な人たち・街の問題と矮小化され、夜の街は危ないが、昼の街や他の地域なら安心だという勘違いを生みやすいことから、感染症対策としても問題があったと考えられる。

## 5 営業補償、生活保障について

コロナ禍において、感染症対策のために様々な対策が取られたが、外出自粛要請や営業自粛要請など、コロナ対策に起因する収入減少によって、経営破綻や生活困窮の危機が生じている。このために、政府には経済政策や社会保障の充実が求められている。そこで、その対策と問題点について述べる。

### (1) 営業補償

まず問題となるのが、営業自粛要請に応じた事業者等に対する補償の要否である。緊急事態宣言は、2020年4月7日に、東京、神奈川、埼玉、千葉の首都圏の1都3県と大阪府、兵庫県、福岡県の計7都府県を対象として初めて出され、同月16日に対象が全国に拡大された。新型コロナウイルスの感染状況にかかわらず、全国一律に休業要請が出されたため、新型コロナウイルス感染者が少なく自主的な外出自粛が期待できない地域における収入低下は、主として、緊急事態宣言に伴う自粛要請によって生じた。営業を休むか否かの判断は、営業の自由（憲法第22条第1項）によって保障される。そして、憲法第29条第3項は、正当な補償の下で、私有財産を公共のために収用又は制限することができることを明示している。この点については、特定の者に対して、その財産権に内在する社会的・自然的制約を超えて特別の犠牲を課する場合に補償が必要であるという特別犠牲説が通説である。緊急事態宣言中の自粛要請は、強制ではないことから特別の犠牲を課していないとして、政府は一貫して補償は要しないという立場であった。なお、2021年2月の法改正によって、要請に従わない場合は、刑罰の威嚇のある命令が可能となる法改正がされたが、この場合も補償の規定は設けられなかった。但し、これは補償を不要としたのではなく、事業者に対する支援等を義務づける特措法第63条の2を設けることで対応したものである。

政府は補償を不要としたが、営業自粛の収入減によるダメージの大きさから、自粛と補償はセットという声が大きくなった。これに対し、政府は補償ではなく、給付金、協力金という形での支援を行った。これは、補償については法的見解に議論があることもあるが、補償は金額の算定が難しいことがあり、迅速性に欠ける点も考慮されている。ここで考えるべきは、感染拡大防止と営業の自由の両立を図る政策があれば、必ずしも補償にこだわる必要はないという点である。事業者が営業継続を選べば、事業者は利益を得られるが、社会全体の感染リスクは上がる。一方で、営業自粛を選ぶと、社会全体の感染リスクは下がるが、事業者の利益がなくなる。この場合に、市場メカニズムに任せておくと、利益を求める事業者は、感染リスクを無視して営業することを選択する。その結果、社会全体の感染リスクが高止まりし、感染拡大を招き、社会全体の利益が減少してしまう。そのため、政府は休業してもらうために、何らかの対策を取る必要がある。一つの方法として、罰則による営業禁止や、外出禁止命令を伴うロックダウンなどの強権的な対策がある。しかし、これは特措法で対応できないだけでなく、人権侵害の程度が大きい。そこで、営業の自由を尊重し、自粛をする事業者に給付金を支給するというインセンティブを与えることで、事業者が自主的に営業自粛をしようと思うような政策が選ばれたのである。

まず行われたのは持続化給付金である。持続化給付金は、売上が前年同月比で50%以上減少している事業者を対象とし、支給額上限を法人200万円、個人事業主100万円とする給付金であった。フリーランスも対象とする事業者を選ばない給付金であったため、多くの事業者に行きわたった。一方で、店内での飲食を自粛したが、テイクアウトなどの営業努力で頑張ってきた飲食店が、売上50%以上減少という要件が壁となり、給付金をもらえなかったな

どの不公平があった。

このような不公平が顕著なのは、飲食店に対する感染防止対策協力金である。感染防止対策協力金は各都道府県で新型コロナウイルス感染症拡大防止のため、酒類の自粛要請、営業時間の短縮要請などの協力をした飲食店に対する給付金である。当初は店舗の規模にかかわらず一律の給付であり、のちに規模によって金額の差が設けられたが、少額の売上だった店舗は望外の高収入となる一方、維持費に満たない給付しか受けられなかったところもあった。この不均衡により、維持費に満たない給付しか受けられない事業者の不満が募った。その不満の結果の一つが、グローバルダイニング訴訟であった。

また、飲食店への給付金は手厚い一方で、飲食店と取引をする事業者に対しての給付は乏しく、バランスを欠いた給付となった。飲食店への自粛営業を求めることは、隣接事業者への波及効果があり、飲食店と関係が近い事業者も、飲食店並みの営業損失が出る事は明らかであるのだから、隣接事業者への給付も手厚くする必要があった。

## (2) 生活保障

コロナ禍では、多くの方の収入が減少し、生活困窮に直面した。このため国や地方自治体が様々な支援制度を創設した。制度設計に当たっては、個人の尊重(憲法第13条)、平等(同第14条)、生存権(同第25条第1項)などへの配慮は不可欠であるが、これらの人権の軽視が認められたものもあった。

まず創設されたのが、社会福祉協議会の緊急小口資金、総合支援資金である。コロナ禍で収入が減少した世帯を対象とした、最大で200万円まで借りられるコロナ特例の貸付制度である。しかし、短期の収入減であれば貸付が有効であったかもしれないが、2年以上の長期にわたるコロナ禍を乗り切るには無理があった。貸付総額は2022年10月1日現在で、貸付件数は335万件、貸付総額は1兆4,269億円に上る(注11)。審査が済んでいない分を含めた免除申請は貸付件数の35%を占め(注12)、今後も増えていくと予想される。また既に1万3,000人が債務整理に着手しており、うち約3,400人が自己破産をしている(注13)など、セーフティーネットの機能を果たしていない。本来は伴走型支援が必要であるが、少ない社会福祉協議会がコロナ貸付の債権管理を業務委託していることから、免除とならないケースについても、今後の対応を注視していく必要がある。また非課税以外にも様々な免除要件があるため(注14)、債務整理の際には免除規定に該当するか否かを確認し、社協と交渉する必要がある。

特別定額給付金も早い時期の支援制度である。特別定額給付金の目的は、「人々が連帯して、一致団結し、見えざる敵との闘いという国難を克服するため」(特別定額給付金交付要綱第1条)という、何が言いたいのかよく分からない目的であるが、それはともかく、基準日である2020年4月27日における住民基本台帳登録者に、一人10万円支給する制度であり、最も多くの方へ届いた支援である。しかしこの制度もいくつかの問題があった。一例を挙げれば、給付額は、「給付対象者1人につき10万円とする」(同要綱第4条9)と定められているも、受給権者は「世帯主」と定められていた(同要綱第3条)。そのため、DVや児童虐待を受けて住民票を移さず避難している方が受給できないという問題が生じた。問題に気付いた支援者が声を上げたことで、基準日直前である4月22日に総務省から事務連絡(注15)が出され、急遽DV避難をしている人への受給が認められたということがあった。様々

な家庭があり、あまねく平等に支給するということが念頭にあれば、避けられたバタバタ劇であった。また、ホームレスや無戸籍の方が受給することに困難が伴うという問題もあった。

他にも世帯主を基準としたコロナ禍の支援制度がいくつもある。例えば、新型コロナの影響による国民健康保険料減免がある。この対象は、主たる生計維持者が死亡、重篤な傷病を負った場合や収入が減少した場合である。この制度では、共働きで同じくらいの収入があったとしても、世帯主ではない者が失業した場合は対象外となる。また、リタイアした父が世帯主のままであれば、その世帯は対象外になってしまうなどの弊害があった。世帯主の変更により、主たる生計維持者の変更が認められるとはいえ、社会の実情とはかけ離れた制度設計であった。支援は、世帯ではなく、個人を基本とすべきである。

### (3) 生活保護制度と給付金の関係について

また生活保護制度との関係で問題となることがあった。国の制度である、特別定額給付金、子育て給付金、住民税非課税世帯等に対する臨時特別給付金などについては生活保護の収入認定をしない扱いとされた(注16)。しかし、各自治体独自の政策については、同通達に「子育て世帯、ひとり親世帯、障害者、高齢者等の福祉の増進を図るため、地方公共団体又はその長が支給する金銭という趣旨・目的であれば、次官通知第8の3の(3)のケに定める額の範囲内につき、収入として認定しないこと」(注17)とあることから、月額8,000円までは認定除外できるが、それ以上については都道府県知事が厚生労働大臣に情報提供する必要があり、その回答を待つ必要があった。そのため、給付金が生活保護制度の収入認定されるか否かが不明確であり、自治体によって、①生活保護利用者については対象外とするもの、②8,000円まで支給するもの、③全額支給するものなど対応が分かれた。①の例としては、2020年の千葉県松戸市における、生活保護受給世帯を除く児童扶養手当受給者を対象とし、第1子4万円、第2子2万円、第3子以降各1万円を支給する「ひとり親世帯への緊急支援給付金」がある(注18)。②の例としては、2020年の千葉県船橋市における、0歳～高校生等のいる世帯に対して、一人目は5万円、二人目以降は3万円を支給するが、生活保護利用世帯は8,000円のみ支給する「船橋市準要保護世帯等臨時特別給付金」がある(注19)。

筆者の住んでいる千葉県印旛郡酒々井町は、③の生活保護利用者も対象とする給付金として、児童扶養手当を受給するひとり親家庭を対象に、1世帯当たり5万円支給する「酒々井町ひとり親世帯への臨時特別給付金」が設けられた(注20)。生活保護世帯への給付が8,000円を超えるため、前述の通知に従い、酒々井町が県を通じて厚生労働大臣へ情報提供したところ、認定除外の限度額は、町独自の他の給付金と併せて3万円のみという回答であった。もっとも、3万円を超える額についても、千葉県が自立更生費用として全額認定除外したことから、結局のところ5万円全額が認定除外となった。この点を見れば、自治体独自の給付金について全額認定除外と出来る可能性が高いのであるから、生活保護世帯のみ支給しなかったり、8,000円のみとする対応は、各自治体には裁量があるとしても、合理性が認められず違憲ではないかと考える。なお、このような対応がされた責任は、国にもある。通知を発するならば、差別的取扱いが生じないように、生活保護世帯について差別するような制度は認められないと明確に記載すべきであった。

### (4) コロナ禍における民間の支援について

コロナ禍においても、相変わらず生活支援は公が行うという意識が乏しく、民間の団体による支援が人々の命を繋いでいる状況であった。

2020年9月16日、菅義偉総理は記者会見で、「私が目指す社会像は自助、共助、公助、そして絆だ。まずは自分でやってみる。そして家族、地域でお互いに助け合う。その上で政府がセーフティーネットで守る。」と述べ、コロナ禍で困窮する人々を、政府が率先して救おうとする気概は感じられなかった。その意欲のなさが反映されたのか、付け焼き刃的に設けられる政府の支援策は目の粗いザルであり、取りこぼされる人が多かったことは、上述したとおりである。

危機感はあるけれども積極的な支援策を設けようとしない政府・自治体を尻目に、民間の支援団体は積極的な活動を展開した。最も大きな活動主体は、新型コロナ災害緊急アクションであろう。同団体は、拡大する貧困問題を解決するために、支援者団体が集まり、2020年3月24日に急遽結成され、困窮者の相談、食料支援、公的支援の開始決定までのつなぎ資金の提供、公的保険が適用されない外国人の医療支援など幅広い支援を行っている。また同団体が「2020年4月16日にスタートさせた「反貧困ささえあい基金」は、現段階で、市民からのカンパで約1億6,000万円が集まり、8,600万円以上を給付」（注21）しており、多くの命を救った。

もちろん、自治体も何もしなかったわけではない。例えば、東京都は、住まいを失い、インターネットカフェや漫画喫茶などで寝泊りしながら不安定な就労している方や離職者の方々をサポートする窓口である「TOKYO チャレンジネット」において、一時宿泊場所としてホテルを提供するなどの対応を行った。しかし、その一方で、東京都は、生活困窮者が支援団体から食品を受け取るため、東京都庁敷地の一部に列を作る場所に、2020年11月14日、20日に、複数の三角コーンを設置し、敷地を利用できないようにするなど（注22）、食料支援の妨害を行った。困窮者支援は、本来ならば、憲法第25条や社会権規約第11条「自己及びその家族のための相当な食料、衣類及び住居を内容とする相当な生活水準についての並びに生活条件の不断の改善についてのすべての者の権利」の理念に基づく行政の役割である。ところが、自治体はその役割を怠り、民間の活動にタダ乗り（フリーライド）するのみならず、邪魔をするなど言語道断である。公の役割とは何なのかについて、改めて考え直すべきだろう。

## 6 差別的対応

コロナ禍は多くの差別的対応が見られた。ここでは民間の問題は扱わず、公的支援策や公共機関における差別対応についてのみ記す。また、紙面の関係もあり、詳細な検討はせず、簡単に記しておくこととする。

### （1）給付金における性風俗関連特殊営業の除外

持続化給付金と家賃支援給付金（売上の減少に直面する事業者の事業継続を下支えするため、地代・家賃の負担を軽減する給付金を支給する制度）において、性風俗関連特殊営業が除外されていたことから、憲法第14条の平等権に反するとして国に対し訴訟提起された。しかし、地裁では、行政の裁量の範囲内として合憲の判断がされ（注23）、現在控訴中である。行政の裁量も憲法14条の法の下での平等による拘束を受けると考えるべきであり、除外は不合理な差別であると考えられる。

なお、新型コロナにかかる小学校等の臨時休業等により仕事を休まざるを得なくなった保護者を支援するための小学校休業等対応助成金・支援金も、当初、風俗営業等関係は除外されていた。しかし、当事者の意見を聞き入れ、2020年4月7日に見直しがされ、支給対象となった。このことも、持続化給付金等から除外されたままである不合理さの根拠となろう。

## (2) 傷病手当の対象者及び範囲

被用者が加入する社会保険には以前から傷病手当があった。しかし、国民健康保険に関しては、国民健康保険法第58条第2項により傷病手当金の支給は各自治体や組合の任意とされ、各自治体では制度を設けていなかったことから、傷病手当がない状態であった。これがずっと問題とされていたが、2020年3月10日の「新型コロナウイルス感染症に関する緊急対応策―第2弾―」において、傷病手当を支給する自治体への財政措置が決定された。これにより、各自治体では傷病手当を支給するための条例が制定された。これにより、正規雇用者と非正規雇用者との差別が一部解消された。

しかし、予算措置が、正規雇用と非正規雇用の者を対象とした傷病手当分しかなく、フリーランスなどの個人事業主は対象外とされたことから、あらたな差別が生み出された。また、国保における傷病手当は、社保のそれと異なり、コロナの後遺症は対象外とされている。これらは合理性が見いだせないため、法の下での平等に反していると考えられる。

## (3) 非正規公務員への待遇

非正規公務員の問題はコロナ禍前から存在していたが、コロナ禍で顕在化した。

私たちの生活を維持するために不可欠な職業である、保育、医療、看護、各種相談、役所の窓口などに従事するエッセンシャルワーカーは、コロナ禍であっても、対面で働かざるを得ない。いわばコロナ禍の最前線であり、感染のリスクは高い。ところが、エッセンシャルワーカーは、低賃金と不安定雇用である非正規公務員が多い実体がある。また、総務の2020年12月21日付「会計年度任用職員制度等に関する調査結果」によれば、非正規公務員のうち女性が76.6%と約4分の3を占めており、女性差別と言える状況である。

NPO 法人官製ワーキングプア研究会による「新型コロナウイルスによる公共サービスを担う労働者への影響調査」によれば、マスクの配布の有無、リモートワークの可否など正規職員と異なる取り扱いが8.9%、勤務時間の減少と収入源が8.5%、無給による自宅待機、無給の特別休暇をあわせて7.7%と、公共サービス分野で働く回答者の4人に1人は、無収入・収入減等や格差という負の影響を受けているという結果がでた。これを制度の面でいくつか説明する。まず学校の休業等により保護者が休む場合に、国は、国における非正規公務員の有給休暇の一つである「災害時出勤困難休暇」を利用するように通知を出した。しかし、「大半の地方自治体はこの時点で、「災害時出勤困難休暇」を条例化しておらず、無給の休暇や無給の職務専念義務免除または欠勤扱いとしてしまう事例が頻発した」(注24)。また、休校や休館による自宅待機の場合は、労働基準法第26条が適用され、平均賃金の60%が支払われるべきであるが、これを怠る自治体が続出した。総務省の2020年6月25日付「新型コロナウイルス感染症への対応を踏まえた業務体制の確保及び休業手当の支給に係る状況調査の結果について」によれば、臨時・非常勤職員を休業とした部署・施設がある団体535のうち、休業手当を支給していない部署・施設がある団体が185で、約34%であった。

本来は、社会の模範となるべき自治体が、非正規差別の温床となっている。女性が4分の3を占める非正規公務員の差別的取扱いは、男女平等の観点からも早急に是正する必要がある。

## 7 予備費

日本国憲法は、国の財政処理権限を、国民の代表たる国会の議決に基づかせる原則として財政民主主義を定めている（第83条）。これを、支出の面からの規律として国会承認を求め（第85条）、歳入歳出の具体的な内容が明確に定められた予算について、国会での審議と審議を受け議決を経なければならない（第86条）として、財政民主主義を確かなものにしていく。しかし、自然災害などの場合は、国会承認を求めている時間的余裕がない場合がある。そこで、予算編成段階で予見できない事態に備えて、用途を定めず予備費が認められている（第87条第1項）。予備費は事後に国会承認が必要であるが（同条第2項）、内閣が自由に使うことが出来る。

2020年の第二次補正予算案において、政府は新型コロナ対策に必要であるとして、10兆円を予備費に計上した（注25）。予備費は、財政民主主義の例外であることから長年、数千億程度にとどめられ、東日本大震災でも約2兆円（注26）であることから、異例の数字である。同予算案は成立し、以降も予備費は高止まりしており、翌2021年度は約5兆円、2022年度は第二次補正予算案により11兆7600億円（注27）と過去最高を更新した。

日々変わっていく感染状況に合わせた迅速な対応に、予備費が必要だという政府の言い分には一定の理解はできる。しかし、コロナ禍において、国会の審議時間が取れないほど時間的余裕のない政策はほとんどない。やはり原則に立ち返って、財政民主主義の例外である予備費は縮小すべきだろう。

## 8 最後に

コロナ禍における、感染症対策における公の役割と人権保障についてまだまだ検討すべき課題は多い。例えば、図書館など公共施設の閉館の是非、ワクチン接種の副作用における補償、ワクチン接種の強制の可否、緊急事態宣言中に機能を失ってしまった裁判所の対応の是非、人権侵害に対する迅速な救済手段の確保など様々な論点がある。しかし、紙面の都合や筆者の能力の問題から、少数の論点を挙げたに過ぎない点をご容赦願いたい。

このコロナ禍で改めて感じることは、この国の、公の役割の軽視と、人権意識の希薄さである。コロナ禍で、命の危機にさらされている人々が不安であるにもかかわらず、強引にオリンピックが開催された。政府が、人の命を救うよりも、単なるスポーツイベントであるオリンピック開催が重要だと考えていたのならば、公の役割を放棄したも同然である。

コロナ禍において、我々司法書士に出来ることは、そう多くはないかもしれない。しかし、2020年4月というコロナ禍の比較的初期の段階から、経済的な不安や法的問題を抱えている市民の不安を解消するための電話相談・WEB面談相談に応じていることは、誇るべき対応だと思う。今後も、司法書士による、国民の権利を擁護する使命の実践への期待を込めて、本稿を終わりとしたい。

- 注1) 毎日新聞 HP 「「要請」なのに罰則? ドイツから帰国した研究者が日本の「水際対策」に感じた違和感」 <https://mainichi.jp/articles/20200404/k00/00m/040/003000c>
- 注2) 東京新聞 2021年8月8日 朝刊3面「コロナ待機違反者の氏名を公表 防疫か人権か 難しい両立 法的根拠なく「細やかな行政手続き経て」」
- 注3) 内閣総理大臣 菅義偉 2021年6月22日付衆議院議員山尾志桜里君提出新型コロナウイルス感染症の水際対策の法的根拠等に関する質問に対する答弁書
- 注4) 前注3)「また、「出発地の外国に送還された日本人帰国者がいる 場合、当該外国で問題なく受け入れられ、その後、無事帰国を果たしているのか」とのお尋ねについては、その具体的に意味するところが明らかではなく、お答えすることは困難である。」
- 注5) 前注3)
- 注6) 森川キャサリン事件第一審判決(昭和61年3月26日 東京地判)「海外旅行の自由は、当然のことながら、出国の自由のみならず帰国の自由が保障されていることを前提とするものであるところ、日本国民の場合は、その帰国の自由は、国民が国の構成員である以上、憲法による保障以前ともいふべき絶対的な権利として認められるものである」
- 注7) 出入国在留管理庁 2021年4月1日 報道発表資料「新型コロナウイルス感染症に関する取組及び渡航自粛の要請について」
- 注8) マクリーン判決(最高裁昭和53年10月4日大法廷判決)「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされている」、「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実と誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であるとするすることができるものと解するのが、相当である。」
- 注9) 日本弁護士連合会 「自由権規約 条約機関の一般的意見」仮訳  
[https://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human\\_rights/liberty\\_general-comment.html](https://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_general-comment.html)
- 注10) 東京新聞 2020年2月27日 夕刊1面「新型肺炎 北海道 あすから小中一斉休校へ」
- 注11) 東京新聞 2022年10月24日 朝刊20面「コロナ貸付金 返済免除1,295億円に 件数の35%申請 生活再建難しく 全国調査」
- 注12) 前注11)
- 注13) 前注11)
- 注14) 2022年2月25日 社援発0225第10号「新型コロナウイルス感染症の影響に伴う特例措置である緊急小口資金等の特例貸付に係る貸付金償還免除の取扱いについて」
- 注15) 2020年4月22日 総務省自治行政局地域政策課特別定額給付金室事務連絡「配偶者

からの暴力を理由とした避難事例における特別定額給付金関係事務処理について」

注 16) 2020 年 5 月 1 日 社援保発 0501 第 1 号「特別定額給付金及び令和 2 年度子育て世帯への臨時特別給付金の生活保護制度上の取扱いについて（通知）」参照

注 17) 前注 16)

注 18) 広報まつど 2020(令和 2)年 5 月 15 日号 No. 1672 3 頁

注 19) 船橋市準要保護世帯等臨時特別給付金支給事業実施要綱

[https://www.city.funabashi.lg.jp/shisei/jouhoukoukai/005/p043346\\_d/fil/zyunyouhogo.pdf](https://www.city.funabashi.lg.jp/shisei/jouhoukoukai/005/p043346_d/fil/zyunyouhogo.pdf)

注 20) 広報ニューしすい 2020 年 7 月 1 日号 No632 3 頁

注 21) 新型コロナ災害緊急アクション 年次報告（2021 年度活動報告・決算）

注 22) 東京新聞 2020 年 11 月 22 日 朝刊 20 面「「排除」コーン再び設置 都庁周辺 困窮者支援団体ら困惑」

注 23) 2022 年 6 月 30 日東京地裁判決

注 24) 上林陽治著「非正規公務員のリアル － 欺瞞の会計年度任用職員制度」日本評論社 90 頁

注 25) 東京新聞 2020 年 6 月 5 日 朝刊 2 面「10 兆円予備費 攻防 首相 必要性強調／野党「減額を」」

注 26) 前注 25)

注 27) 東京新聞 2022 年 11 月 22 日 朝刊 3 面「予備費総額 11 兆円超 過去最大 第 2 次補正予算案審議入り 経済対策 28 兆円、8 割が借金」

#### 〔参考文献〕

- ・大林啓吾著「感染症と憲法」（青林書院）
- ・大林啓吾著「公衆衛生法 感染症編」（弘文堂）
- ・南亮一著「新型インフル特措法における休業要請等による財産権の制約と憲法との関係」『The Referenc』838 号（国立国会図書館）
- ・「「新型コロナウイルス」（77） 感染症対策と憲法問題 ～その対策に法的根拠はあるか～」（日本記者クラブ）<https://s3-us-west-2.amazonaws.com/jnpc-prd-public-oregon/files/2021/12/47f455de-a77e-4f78-9177-28d44aa11cf7.pdf>
- ・宍戸常寿著「新型コロナウイルス感染症と立憲主義」『法律時報』1161 号（日本評論社）
- ・江藤祥平著「匿名の権力 感染症と憲法」『法律時報』1154 号（日本評論社）

